

GUILHERME FORMAGIO KIKUCHI

OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

**Monografia apresentada como requisito
parcial para a conclusão do Curso de
Direito, Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná.**

**Orientador: Professor Joaquim Munhoz
de Mello**

CURITIBA

2005

GUILHERME FORMAGIO KIKUCHI

OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

**Monografia apresentada como requisito
parcial para a conclusão do Curso de
Direito, Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná.**

**Orientador: Professor Joaquim Munhoz
de Mello**

CURITIBA

2005

TERMO DE APROVAÇÃO

GUILHERME FORMAGIO KIKUCHI

OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Monografia aprovada como requisito parcial para a conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:



Prof. Joaquim Munhoz de Mello

Departamento de Direito Civil e Processo Civil, UFPR



Prof. Manoel Caetano Ferreira Filho

Departamento de Direito Civil e Processo Civil, UFPR



Prof. Edson Ribas Malachini

Departamento de Direito Civil e Processo Civil, UFPR

Curitiba, 01 de novembro de 2005.

SUMÁRIO

RESUMO	v
1 INTRODUÇÃO	1
2 OS PODERES DO JUIZ E A DOUTRINA TRADICIONAL.....	4
2.1 Do Princípio Dispositivo.....	10
2.2 O Princípio da Inércia da Jurisdição.....	13
2.3 O Princípio da Imparcialidade	15
3 AS NOVAS FUNÇÕES DO PODER JUDICIÁRIO.....	20
4 O PROCESSO COMO RAMO DO DIREITO PÚBLICO E A CONDUTA DAS PARTES NO PROCESSO CIVIL	27
5 A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA E OS PODERES DO JUIZ.....	32
6 A NATUREZA E OS LIMITES DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ.....	40
7 CONCLUSÃO	44
8 REFERÊNCIAS	48

1. RESUMO

Prevalece no Direito Processual Civil tradicional a reduzida participação do juiz na fase instrutória. Porém, a doutrina moderna vem caminhando em sentido oposto, afirmando a necessidade de um juiz cidadão e participativo na busca de decisões que alcancem o verdadeiro significado de justiça.

Palavras-Chave: Poderes Instrutórios; Iniciativa Probatória; Princípio Dispositivo; Princípio da Imparcialidade do Juiz; Princípio da Inércia da Jurisdição; Nova Função do Judiciário; Processo como ramo do Direito Público; Natureza e Limites dos Poderes do Juiz.

1. INTRODUÇÃO

O presente tema tem como objetivo fazer uma reflexão sobre o papel do juiz no processo buscando analisar os limites de seus poderes instrutórios à luz de um Estado Democrático de Direito.

Os limites dos poderes instrutórios parecem ser claros numa análise mais panorâmica e tradicional, ou seja, o juiz seria mero aplicador da lei. Entretanto, essa resposta parece-me um tanto cômoda, já que estaríamos fechando nossos olhos a uma situação fática diversa, pois essa visão há muito se encontra ultrapassada.

O que encontramos na prática é que o juiz se depara com dezenas de casos a serem resolvidos diariamente, sendo que o juiz tem a árdua tarefa de buscar compatibilizar a prestação jurisdicional célere com uma decisão que se mostre eficaz, justa e que propicie a pacificação entre as partes, o que me parece uma atividade no mínimo complicada.

A atuação do juiz no processo na busca dessas decisões justas, céleres e que promovam a pacificação entre as partes encontra uma barreira no nosso sistema processual vigente, vez que muito embora ele esteja em constante modificação para atender às necessidades imperiosas, bem como o fato de possuir diversos dispositivos que possibilitem ao juiz a prestação jurisdicional idealizada, ainda há muita dificuldade em relação ao pensamento jurídico, e à ciência processual como tradicionalmente posta que ainda criam barreiras para a consecução desse fim.

Dessa maneira, o que se observa de plano é a necessidade de que doutrinadores e juízes percebam a importância de seus papéis enquanto formadores do direito e assumam o compromisso de terem uma postura mais ousada e comprometida com o ideal provimento jurisdicional e a formação de uma sociedade melhor, já que é possível ver na doutrina e jurisprudência posicionamentos nesse sentido, ainda que tímidos.

Dessa maneira, o escopo do presente trabalho é uma reflexão analítica sobre o posicionamento da doutrina e as posturas tradicionais dos poderes do juiz em relação ao processo, aos meios de prova e às novas funções do juiz e, por conseguinte, ao poder judiciário, à luz das regras processuais em vigor, demonstrando que a doutrina tradicional trata o processo, em especial, o civil, de maneira profundamente privatista, reflexo das influências que permearam o Código de Processo de 1939, em que o social estava nitidamente isolado, ou seja, o juiz encontrava-se adstrito às provas que as partes carregavam ao bojo do processo, devido ao caráter individualista da época, surgido com a Revolução Francesa e que também já havia influenciado a elaboração do Código Civil.

Esse posicionamento é muito ruim, vez que o juiz, que deve estar seguro para dar uma decisão no processo, fica equidistante das partes e distante da realidade fática da lide, o que na prática pode implicar num equívoco, pois muitas vezes a realidade daquilo que é trazido aos autos pelas partes, e demonstrado durante o processo, pode não condizer com realidade dos fatos.

Assim, para iniciar o presente trabalho, cumpre-me dizer sobre os princípios que são costumeiramente invocados para justificar a necessidade de manter um juiz nos moldes da doutrina tradicional, quais sejam, o dispositivo, o da imparcialidade do juiz e o da inércia.

Após, a análise passa então a ser de uma concepção mais moderna e publicista do processo, ou seja, das novas funções do poder Judiciário e de que forma seria a libertação do juiz na busca da verdade real.

Ou seja, na prática o cerne da questão é como compatibilizar um sistema processual com poderes dispositivos com esta nova visão dos poderes instrutórios do juiz.

Faz-se, portanto, uma análise da postura política, entendida como o juiz cidadão, participativo e capaz de promover mudanças significativas na estrutura social, funcionando, portanto, como um grande agente de transformação social.

Dessa maneira o processo, como ramo do direito público e como ciência autônoma, é instrumento de realização do direito material, mas, além disso, é mecanismo não das partes, mas sim do Estado para a realização de seus fins.

Após, cumpre-me analisar o novo papel das partes nesse novo sistema e a conduta que devem ter no processo civil, bem como mostrar a importância dos poderes do juiz no desenvolver do devido processo legal, bem como em garantir que não hajam vícios e artimanhas usadas pelas partes.

Feitas todas estas considerações, adentra-se no tema da relação dos poderes do juiz com a produção de provas no processo civil, bem como a possibilidade de ele comandar o processo e determinar a produção de provas ou diligências que resultem na solução e demonstração da verdade mais próxima da real, sem, no entanto, deixar de ser imparcial e compromissado apenas com a pacificação social e a prestação jurisdicional justa.

Ao final, posicionar-me-ei em relação à extensão dos poderes do juiz na instrução processual e na condução do processo, e à necessidade de que todos tomem consciência do quanto se pode melhorar uma sociedade que tenha no judiciário uma visão moderna e ousada de busca da verdade real e da verdadeira pacificação, o que por certo concerne à segurança jurídica e, efetivamente a uma segurança da verdadeira solução do conflito, com todas as nuances do caso concreto.

2. OS PODERES DO JUIZ E A DOUTRINA TRADICIONAL

Ao juiz incumbe a direção do processo nos moldes informados pelo ordenamento jurídico, em outras palavras realizar os atos processuais de sua competência. Nesta esteira os poderes do juiz seriam a manifestação do poder que o Estado atribui ao juiz para dirigir o processo.

Metodologicamente, adotaremos a classificação dada por Cintra, Grinover e Dinamarco¹ que divide os poderes do juiz em poderes administrativos e poderes jurisdicionais, sendo que este se subdivide em poderes-meio, poderes-fim e poderes instrutórios, este último objeto do presente estudo.

Para a doutrina tradicional, a função do juiz no processo tem origem civilista e pode ser entendida como os reduzidos poderes e participação do juiz no desenvolver do processo, ficando este a mercê da iniciativa das partes.

Essa visão deve ser considerada ultrapassada, distante do que hoje a doutrina e a jurisprudência buscam reconhecer.

DINAMARCO aponta que:

No processo civil moderno a tendência é reforçar os poderes do juiz, dando relativo curso aos fundamentos do processo inquisitivo. Ele tem o dever não só de franquear a participação dos litigantes, mas também de atuar ele próprio segundo os cânones do princípio do contraditório, em clima de ativismo judicial. Repudia-se o *juiz Pilatos*, que deixa acontecer sem interferir. Daí os poderes judiciais em direção e impulso do processo, a serem exercidos em benefício da tutela jurisdicional justa, tempestiva e efetiva.²

A visão da doutrina tradicional influenciada pelos princípios civilistas,

1/ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, p.259.

propunha que participação do juiz no processo e principalmente no que diz respeito à produção probatória fosse reduzida. Rapidamente, percebe-se que se trata de concepção influenciada pelos pensamentos da época, ou seja, influência oriunda do século XVIII e XIX herdado do iluminismo consubstanciada nos conceitos de liberdade, igualdade formal e propriedade, ou seja, que tinha como prioridade o indivíduo, não dando muita importância a repercussão que este cidadão, no exercício de seus direitos, tivesse dentro de uma sociedade.

Dinamarco, ainda, afirma:

A visão tradicional do processo civil dá excepcional importância ao interesse como mola propulsora da atividade das partes, atuando cada qual segundo seu próprio desejo de fazer prevalecer suas razões e seus alegados direitos – e sobre essa premissa apóia-se a legitimidade do comportamento puramente passivo do juiz, quando elas se omitem. Tanto quanto a iniciativa *do processo*, a das provas teria também o efeito perverso de favorecer o excessivo envolvimento psicológico do juiz nos conflitos, o que lhe comprometeria a *imparcialidade* (Liebman).

Essa concepção radical tende no entanto a ser superada, mitigando-se gradualmente a lógica do raciocínio privatista que lhe está à base, seja porque nem só de direitos *disponíveis* o processo civil trata, seja porque ao juiz de hoje cabe um comportamento dinâmico no processo. Não há mais clima para tanto predomínio do *principio dispositivo*, que exclui os comportamentos *inquisitivos* do juiz no processo e na instrução. Aquela idéia radical é espelho das premissas privatistas do processo civil, que hoje é reconhecidamente informado pela natureza do instituto de direito público.³

Diante deste cenário, os sistemas jurídicos que foram elaborados na época recepcionaram estes conceitos presentes na sociedade no Direito, por meio de princípios limitadores da atuação do juiz.

Dentre os principais exemplos de princípios limitadores do juiz podemos destacar o dispositivo, o da inércia e da imparcialidade do juiz, que na visão de PUOLI foram “postulados desenvolvidos sob uma perspectiva que buscava impedir a

² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, v.1, p.233.

³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, v.3, p.52.

intromissão do agente estatal na esfera dos direitos dos particulares”⁴.

O ilustre prof. BEDAQUE em sua obra afirma e exemplifica esta visão privatista do direito no próprio ordenamento jurídico, citando como exemplo as Ordenações, onde assim constava sobre que forma deveria o juiz julgar, isto é, “segundo o que achar provado de uma ou de outra parte, ainda que a consciência lhe dite outra coisa, e ele saiba a verdade ser o contrário do que no feito foi provado.”⁵

Ainda segundo os ensinamentos do prof. BEDAQUE⁶, afirma que a mudança do pensamento no direito pátrio, ainda que em sede doutrinária, iniciou-se na Faculdade de Direito do Largo São Francisco, pelas idéias de um de seus ilustres catedráticos, Alexandre Gusmão, para quem a iniciativa instrutória da forma como conferida ao juiz já não satisfazia aos anseios da ciência processual daquela época e que era preciso a extensão dos poderes do juiz, a exemplo das legislações alemã, austríaca e húngara. Assim, ele já defendia em 1922/1924 a possibilidade de o juiz ordenar de ofício qualquer diligência que entendesse necessária a descoberta da verdade dos fatos debatidos no processo. Afirmava, então, que o sistema até então aplicado, já não tinha mais condições de funcionar sem falhas, impossibilitando, dessa forma, a perpetuação da possibilidade de produção das provas por iniciativa única e exclusiva das partes.

BEDAQUE ainda citando a lição de Alexandre Gusmão, diz: “O Juiz, órgão actuante do direito não pode ser uma pura machina, uma figura inerte e sem iniciativa própria, na marcha e andamento dos processos, só agindo por provocação, requerimento ou insistência das partes.”⁷

Também na exposição de Motivos do Código de 1939, BEDAQUE⁸ diz que o

4 PUOLI, José Carlos Baptista. **Os Poderes do Juiz e as Reformas do Processo Civil**, p.22.

5 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**, p.74.

6 BEDAQUE, José Roberto dos Santos, ob. cit., p.76.

7 BEDAQUE, José Roberto dos Santos, ob. cit., p.76.

8 BEDAQUE, José Roberto dos Santos, ob. cit., p.77.

Min. Francisco Campos observou a doutrina de Gusmão para esclarecer que o juiz além do dever de zelar pela observância formal das regras processuais por parte dos litigantes, tem também que intervir no processo objetivando a investigação dos fatos e a descoberta da verdade. Afirmou que a concepção publicista do processo destaca com nitidez a finalidade do processo que é a atuação da vontade da lei num caso concreto. Asseverou que se tem daí a verdadeira perspectiva sob que devemos considerar a cena judiciária, ou seja, que o juiz é o Estado administrando a Justiça e não é, portanto, o registro passivo e mecânico dos fatos, sobre os quais não tem o ânimo nenhum interesse de natureza vital. O interesse da justiça prepondera, pois é o interesse da comunidade, do povo, do Estado.

Posicionamento muito semelhante do Min. Do STJ Sálvio de Figueredo Teixeira, qual seja:

O juiz pode assumir a posição ativa, que lhe permite, dentro de outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça, é certo, com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório. Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sociocultural entre as partes.⁹

Disso conclui-se que o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção do ordenamento jurídico, devendo o juiz esforçar-se para alcançá-lo, momento em que terá cumprido a sua função.

O processo é, portanto, o meio com o qual o estado formula e atua a norma jurídica, nos casos em que os destinatários desta não possam ou não queiram fazê-lo. A atuação do direito substancial é o escopo do processo. Assim, o processo e jurisdição têm o mesmo objetivo, qual seja a atuação efetiva do direito substancial.

⁹ TEIXEIRA, Sálvio de Figueredo. Atualidades Jurídicas. **O Aprimoramento do Processo Civil**

E novamente menciona BEDAQUE:

Sendo o processo instrumento da jurisdição, deve ser entendido em função desta, ou seja, como instrumento de atuação da lei no caso concreto, como o instrumento de garantia do ordenamento jurídico, da autoridade do Estado. É mediante o processo que o Estado prestigia a ordem jurídica vigente, impondo as normas de direito material às situações da vida real.¹⁰

E no mesmo sentido afirma DINAMARCO¹¹ que o encaixe da jurisdição na estrutura do poder estatal faz com que o processualista, com visão publicista, entenda o caráter externo ao processo e proporcione resultados efetivamente condizentes com as exigências da vida contemporânea, esclarecendo que tal postura advém de uma consciência da justiça em um contexto político, embora ressalte, citando José Eduardo Faria, ser a política apenas um dos aspectos da vida em sociedade.

Assim, aponta DINAMARCO que:

O significado político do processo como sistema aberto, voltado para a preservação dos valores postos pela sociedade e afirmados pelo Estado, exige que ele seja examinado também a partir de uma perspectiva externa; exige uma tomada de consciência desse universo axiológico a tutelar e da maneira como o próprio estado define a sua função e atitude perante tais valores. Nenhuma teoria processual pode dispensar, hoje, o exame da bondade das soluções propostas e da eficácia do próprio sistema processual em face dos objetivos preestabelecidos e da missão que precisa desempenhar na mecânica da vida em sociedade.¹²

Mesmo na argumentação da necessidade da aplicação desta visão instrumental do processo, a doutrina insistia em afirmar o caráter supletivo dos poderes instrutórios

como pressuposto de uma Justiça melhor, p.134.

¹⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, ob. cit., p.68.

¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, p.99.

¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. ob. cit., p.99.

do Juiz, alegando que o contrário advinha de idéias políticas autoritárias.

NALINI ainda ressalta:

há quem afirme ser típico dos regimes não democráticos de governo o reforço da autoridade do juiz. Visão equivocada, segundo Galeano Lacerda, para quem “a verdade é que juiz forte é juiz livre, o que torna incompatível, em tese, com o sistema ditatorial. Por imposição, porém, do próprio sistema, enquanto de um lado, se amarra o juiz a orientação política dominante, de outro se lhe outorga grande poder inquisitorial nesta linha de conduta. Juiz escravo e forte, o ideal do regime.”¹³

Ora, é difícil pensar que ainda muitos doutrinadores adotam a postura tradicional com o discurso de que se o juiz não pode ter o poder de gerir a prova jamais, vez que se isto ocorresse estaríamos regredindo ao passado quando adotávamos o processo inquisitório, quebrando os alicerces do Estado Democrático de Direito que vigora hoje. Além disso, o juiz, como poder do Estado, tem necessidade de fazer valer suas decisões, até para o fim de assegurar a aplicação da lei e manter o Estado Democrático de Direito. Parece-me uma postura muito rígida, já que o que se propõe não é um retrocesso, mas a aplicação do bom senso com o intuito de se atingir o bem social e, no modelo ora vigente, existem mecanismos de controle do Poder Judiciário que protegeria a sociedade de tal receio.

BEDAQUE rebate às críticas com propriedade e precisão:

A crítica não procede. Embora inaceitável a idéia de Estado autoritário, ditador, não se lhe pode negar certa dose de autoridade. Impossível a convivência social em um Estado fraco, sem capacidade de impor sua vontade. O necessário equilíbrio entre autoridade do Estado e os direitos do cidadão é perfeitamente alcançado com a plena participação deste no destino daquele. No plano processual, essa participação se consegue mediante o respeito do princípio do contraditório. Assim, desde que o legislador assegure às partes o direito de participar da formação do provimento jurisdicional, influndo no seu conteúdo, nenhum mal há em reforçar a autoridade do

¹³ NALINI, José Renato. **O Juiz e o Acesso à Justiça**, p.83.

juiz no processo. Constitui o contraditório um tempero e a compensação necessários a evitar que a autoridade do magistrado seja transformada em arbítrio.¹⁴

Portanto, as críticas sempre colocadas como contrárias à visão publicista cada vez mais deixavam de ter força, em razão de um ordenamento jurídico mais preparado para a realização de uma prestação jurisdicional mais justa, ou seja, o principal problema a ser solucionado no processo é a realização do direito e da paz social.

2.1 Do Princípio Dispositivo

Não seria demais dizer que a base principal do fundamento da neutralidade do juiz na fase instrutória para a doutrina tradicional é o princípio dispositivo. Entretanto, para facilitar a compreensão da importância deste princípio para nosso ordenamento necessário se faz compreendê-lo.

O indivíduo possui um interesse sobre um bem, uma situação, etc. Entretanto, surge uma ocasião em que há o conflito de interesses entre indivíduos. Assim, com o fim de evitar a autotutela, o Estado chamou para si a função jurisdicional com o intuito de promover a pacificação social. Assim, o agora sujeito de direitos utiliza-se do poder judiciário para satisfazer uma pretensão resistida e, assim, restabelecer a ordem social.

Nesta esteia, observa-se, no âmbito do direito material que o conceito de interesse liga-se profundamente com o princípio dispositivo, vez que existem situações com níveis de interesse/necessidade diversos. Em outras palavras, existem interesses que o sujeito não pode renunciar posto que indisponíveis, como exemplo cito os direitos da personalidade, existem, porém, interesses como os de cunho patrimonial em que a regra é sua disponibilidade pela parte.

Uma reflexão mais apurada mostra-nos que a disponibilidade do interesse

¹⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, ob. cit., p.77.

material apresenta-se em dois momentos no processo, ou seja, um primeiro relacionado à faculdade da parte de ajuizar a demanda e de praticar atos dispondo sobre o próprio direito material; o segundo, na maneira pela qual o processo irá desenvolver-se, ou seja, os atos processuais.

No âmbito processual, este raciocínio civilista principalmente com a Doutrina Tradicional e com a visão privatista do código de 1939, o juiz encontrava-se adstrito as provas e na prática o princípio dispositivo fazia com que as partes tivessem a “o ônus” da livre disposição sobre o processo, e conseqüentemente, sobre realização dos atos necessários a satisfação do interesse que perseguia. Neste contexto, os poderes instrutórios representariam um ataque aos direitos dos litigantes, que na verdade, estariam livres para agir ou se omitir dentro dos seus interesses.

CHIOVENDA, doutrinador mais tradicional, no que concerne à participação do juiz na investigação dos fatos, considera que se o juiz participar ativamente do processo estaria assumindo papel de advogado da parte e, por conseqüência, violando o princípio da igualdade, porém admite que “si em um caso concreto aparece notória uma deficiencia em la defensa”, o magistrado pode obedecendo certos limites “proveer a ella com oportunos interrogatórios, de um modo compatible com la naturaleza del procedimiento.”¹⁵

Interessante aqui comentar a posição de CARNELUTTI em relação ao poder do juiz em relação à prova, já que o mesmo afirma que o poder do juiz está limitado pela iniciativa das partes, ou seja, pelo princípio dispositivo, entretanto afirma que em relação ao meio de prova o poder do juiz seria ilimitado “una vez puesto ante el hecho que debe conocer, el juez es enteramente independiente de lãs partes em lo que atrañe al ejercicio de su actividad perceptiva y deductiva.”¹⁶

Para Barbosa Moreira, entretanto, a atuação do juiz no processo seria designada como sendo a “divisão do trabalho” entre o juiz e as parte no desenvolver do

¹⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de Derecho Procesal Civil**, v.2, p. 880.

¹⁶ CARNELUTTI, Francesco. **Poderes y Deberes del Juez em tema de Pericia**, v.2, p. 147-154.

caso, ou seja, uma visão mais ampla do princípio dispositivo.

Assim, parece-me claro em qualquer concepção que a função do primordial do processo é o dever de velar pela rápida solução do litígio.

Nesta esteia, a doutrina procura redefinir a interpretação do princípio dispositivo, concebendo, no ensinamento de CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO, citado por PUOLI¹⁷, dizer que a parte tem a liberdade de iniciar o processo e dele dispor, através de atos processuais, mas em virtude da natureza do direito material em questão. Quanto aos poderes do Juiz, no entanto, entende-se conveniente dizer que ante a existência de outros objetivos do sistema processual, de caráter público, devem preponderar em relação a eventual disponibilidade do direito material debatido.

Afirma, prosseguindo PUOLI:

Vale dizer, a necessidade de atenção a estes outros objetivos passa tornar imperioso que o juiz não fique limitado à mera observação do combate travado entre as partes, exigindo-se que ele, resguardada a sua imparcialidade, seja realmente ativo na busca da melhoria da qualidade da tutela jurisdicional a ser proferida ao final, pois é por intermédio desta que serão atingidas as finalidades públicas da atuação do Direito positivado pelo Estado e de pacificação dos conflitos segundo critérios de justiça.¹⁸

Desta maneira, percebe-se que os demais atos do processo na verdade não tem absoluta congruência com o direito disponível e o seu livre exercício. Pelo contrário, não têm qualquer nexos com a relação de direito material, e não decorrem, portanto, do chamado princípio dispositivo.

E assim explica BEDAQUE:

de qualquer modo, ainda que se dê maior abrangência ao referido princípio, não pode

¹⁷ PUOLI, José Carlos Baptista, ob. cit., p.26.

¹⁸ PUOLI, José Carlos Baptista, ob. cit., p.26.

ele implicar restrição ao poder investigatório do juiz. O chamado princípio dispositivo em sentido impróprio ou processual não tem razão de ser, pois entre os deveres do juiz está o de tomar iniciativa quanto à determinação dos meios probatórios, atendido o âmbito de investigação estabelecido pelas partes na determinação dos elementos objetivos da demanda (pedido e causa de pedir).¹⁹

O juiz pode, portanto, buscar a instrução da causa e desenvolver o processo de forma a propiciar o conhecimento da verdade dos fatos sem macular o princípio dispositivo. Não pode, mais, é por conta dele, e com a alegação que em virtude dele somente as partes podem trazer elementos ao processo para o seu convencimento, justificar uma postura passiva e despreocupada com o fim do processo. Assim o poder instrutório do juiz não configura como exceção ao princípio dispositivo.

2.2 - O Princípio da Inércia da Jurisdição

Prosseguindo a análise dos princípios do processo e a sua relação com os poderes instrutórios do juiz, cumpre examinar o princípio da inércia da jurisdição. Este princípio atua em consonância com o princípio dispositivo analisado anteriormente.

O Estado guardou para si a exclusividade sobre o poder de solução dos conflitos, até mesmo para se evitar o uso da autotutela e manter o Estado Democrático de Direito, ou seja, a fim de se evitar a justiça do Código de Hamurabi (“olho por olho e dente por dente”) o Estado manteve o monopólio sobre a aplicação da norma de direito material no caso concreto em que lhe é assegurado, se necessário, até mesmo uso de força coercitiva com o intuito de se chegar a justa composição dos interesses em conflitos.

Entretanto, o princípio em tela a fim de se garantir a neutralidade do sistema, impede que o juiz, *ex officio*, instaure procedimento necessário para a concessão da tutela jurisdicional.

¹⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, ob. cit., p.93.

O juiz deve permanecer inerte até que as partes interessadas procurem o Poder Judiciário e apresentem requerimento para que seja dado início ao processo. Este modelo é o que caracteriza o chamado processo “acusatório”, ou seja, sistema pelo qual as partes interessadas provocam o Judiciário e por meio de um processo requerem a sua tutela, processo este que seguirá seus trâmites legais observando o princípio do contraditório e da ampla defesa; muito diferente do que aconteceu no processo “inquisitivo” em que as partes não tinham a garantia de um processo imparcial, visto que admitia a iniciativa por parte do próprio órgão julgante.

Como afirma ÁLVARO DE OLIVEIRA, a tendência hodierna dominante é a racionalização do sistema mediante a prevalência da verdade empírica extraídas dos fatos da causa por meio da lógica e de critérios científicos, portanto em nível qualitativo diverso daquele ocorrido na passagem dos ordálios, para a chamada prova legal.”²⁰

A jurisdição, como forma de exercício do poder estatal, depende da provocação do interessado para a emissão de seu ato decisório.

No âmbito dos atos processuais, primeiramente a doutrina afirma que há possibilidade de o juiz mitigar a regra *judex secundum allegata et probata partium judicare debet*, isto se dá em razão de algumas regras específicas existentes também no ordenamento jurídico que permitem ao juiz conhecer de ofício questões processuais e materiais.

Entretanto, o presente trabalho tem por escopo mostrar que na prática surgem situações que exigem maiores poderes por parte do juiz na busca da verdade real, ou seja, até mesmo para prestar uma função jurisdicional mais eficaz e justa. Assim, o juiz deve, como menciona PUOLI “lançar-se à pesquisa de outras questões da causa que guardem importância para o solucionamento do caso, mas que tenham sido

²⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Livre Apreciação da Prova: perspectivas atuais**, p. 2.

negligenciados pelas partes”.²¹

Em virtude da inércia da jurisdição decorrente do princípio, cabe às partes, via de regra, trazer ao poder judiciário o seu conflito de interesse, mas cabe ao juiz, após tomar ciência do caso trazido pela parte, buscar a solução do conflito, podendo utilizar-se dos fatos trazidos pelas partes no processo para determinar as provas necessárias à instrução do processo, tudo conforme consta no art. 130 do CPC a fim de se encontrar a verdade real.

2.3 – O Princípio da Imparcialidade

O princípio da imparcialidade é fruto da necessidade do homem acreditar que terá um julgamento justo e em nível de igualdade com a outra parte garantindo a eficácia e manutenção do sistema, motivo pelo qual, em tese, aceitará nem que em sede de recurso e respeitará o conteúdo do decisório.

Na prática ele se dará em todas as fases do processo, seja por meio da atuação de um juiz neutro, bem como pelo respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa, ou seja, a tutela jurisdicional somente será outorgada após a análise das teses apresentadas por ambas as partes. Para garantia da imparcialidade, peça mais que fundamental é o juiz, visto que atuará em nome do estado na prestação jurisdicional em posição equidistante das partes, de seus interesses e do conflito.

Esclarece PUOLI²² que o julgador escuta com isenção as partes, percorrido todo o *iter* procedimental legalmente previsto para aquele tipo de demanda e profere o julgamento contendo a atuação da vontade concreto do direito material àquele caso concreto. A imparcialidade do Juiz está diretamente ligada à legitimidade que tem ele para proferir seu julgamento. Inclusive, há doutrinadores que entendem mesmo que a

²¹ PUOLI, José Carlos Baptista, ob. cit., p.33.

²² PUOLI, José Carlos Baptista, ob. cit., p.38.

imparcialidade do julgador é pressuposto para que a relação processual se instaure validamente.

Retomando o pensamento da visão privatista e da filosofia liberal do processo dado pela doutrina tradicional, defender que o juiz é mero espectador do choque entre as partes, não podendo participar ativamente no caminhar da demanda, sob pena de ser considerado um juiz parcial.

Ora, em sede doutrinária, a Escola de São Paulo influenciada pelo ensinamentos de LIEBMAN, afirma que não é mais possível “manter o juiz como mero espectador da batalha judicial”, e afirmando quanto aos poderes do juiz que não poderia nunca se olvidar do “mais importante dogma relativo ao juiz, que é o zelo pela sua imparcialidade.”²³

Ademais, o processo deve transcender o direito civilista, ou seja, à concepção de que a atuação do Estado está limitada pelos atos dos sujeitos parciais. Em verdade, as finalidades públicas do processo dizem respeito a atuação verdadeira da lei material ao caso concreto, o que conseqüentemente acaba por pacificar com justiça. Assim, é certa a prevalência do interesse público sobre o interesse privado. Desta forma, o princípio da imparcialidade não serve de escudo àqueles que justificam a postura passiva, pois a postura mais ativa do juiz no processo não será para beneficiar esta ou aquela parte, mas para contribuir na melhoria da prestação jurisdicional. O simples aumento dos poderes instrutórios do juiz não favorece qualquer das partes, vez que o juiz não sabe o resultado da prova que será produzida. Esta segurança jurídica é ainda completada pelo princípio do contraditório, da ampla defesa e da necessidade de motivação das decisões pelos juízes, os quais criam uma barreira para se garantir a imparcialidade do juiz e, por outro lado, permite ao juiz produzir provas que sejam indispensáveis ao seu esclarecimento e convencimento.

Oportuna a observação de BARBOSA MOREIRA, em crítica à tese que afirma a necessidade de imparcialidade do juiz, confundido-a mesmo com a

23 LIEBMAN, Enrico Tullio. **Fundamento del Principio Dispositivo**, p.317.

passividade do julgador:

Para refutar semelhante tese, no que contenha de sincera convicção doutrinária, bastará por em evidência a distinção entre dois fenômenos. Um coisa, com efeito, é proceder o juiz, movido por interesse ou sentimentos pessoais, de tal modo que se beneficie o litigante cuja vitória se lhe afigura desejável; outra coisa é proceder o juiz movido pela consciência de sua responsabilidade, de tal modo que o desfecho do pleito corresponda àquilo que é o direito no caso concreto. A primeira atitude obviamente repugna ao ordenamento jurídico; a Segunda só pode ser bem vista por ele. Ora, não há diferença, para o juiz, entre querer que o processo conduza a resultado justo e querer que vença a parte (seja qual for) que tenha razão. Em tal sentido nem sequer é exato dizer que o juiz deve ser “neutro”, porque não é próprio identificar-lhe a imagem na de um espectador frio, para quem ‘tanto faz’ que se realize justiça, quando, bem ao contrário, esse é um cuidado que há de estar presente, do primeiro momento ao último, em seu espírito.²⁴

O julgador imparcial deve ser entendido como aquele que julga preocupado com a realização da justiça no processo, sem julgar a causa em seu próprio interesse, mas efetivamente sintonizado à realidade social que o rodeia, ou seja, capaz de captar o real sentimento do justo e dos valores socialmente preponderantes num determinado contexto social e histórico.

ZAFFARONI entende que “ é insustentável pretender que um juiz não seja cidadão, que não participe de certa ordem de idéias, que não tenha uma compreensão do mundo, uma visão da realidade(...), por pífia e errada que possa ser julgada.”²⁵

Portanto, o juiz deve não deve permanecer no mito da neutralidade, que é colocado como sinônimo da imparcialidade, que o mantém em constante estado de alienação, afastando-o dos homens, resolvendo conflitos idealizados dentro de uma lógica positivista e cada vez mais distante da real.

Neste sentido BARBOSA MOREIRA afirma:

²⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, ob. cit., p.112-113.

²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário**, p. 216.

“A este ângulo, não há neutralidade possível. Ao juiz, como órgão do Estado, interessa, e diria que a ninguém mais do que ele, que se faça justiça, isto é, que vença aquele que efetivamente tenha razão. Ora, a este é que vai beneficiar a diligência ordenada ao juiz. Logo, a iniciativa de determiná-la não significa, em absoluto, quebra do dever de imparcialidade.”

PUOLI também diz:

Nesse sentido, fala-se que o juiz deve ser imparcial, mas não neutro. Fala-se, então, da repulsa da neutralidade, que deve ser entendida a valorização do juiz que seja consciente de sua posição de agente político que deve fazer um acompanhamento constante dos fatos e das realidades sociais e políticas as quais lhe são trazidas pelos mais variados canais, tais como, os meios de comunicação de massa, o produto de estudos formulados no âmbito de outras ciências (por exemplo, sociologia, política, economia) entre várias outras fontes que serão indispensáveis para que o juiz esteja situado e atento aos acontecimentos do mundo que o rodeia. Impõe mais uma vez lembrar o ensinamento de Dinamarco sobre dever ser o processo um “microcosmo” do Estado democrático de Direito, de forma que somente o juiz atento ao mundo em seu redor é que poderá desempenhar bem sua função.²⁶

Diante disto, busca-se efetivamente que a postura do juiz, observada a imparcialidade, no processo moderno, caracterize-se pela cooperação das partes para com a atividade judiciária, para melhoria qualitativa e quantitativa.

É uma concepção menos individualista e muito mais dinâmica da aplicação do princípio do contraditório, postulando-se uma equidistância temperada do juiz em relação às partes, possibilitando que o magistrado estimule o efetivo contraditório, ou seja, o efetivo diálogo entre as partes, que colaboram e cooperam para um justo processo.

Diz, ainda, PUOLI :

²⁶ PUOLI, José Carlos Baptista, ob. cit., p.44.

A questão do diálogo mais exige que os juizes em especial (e, de um modo geral, todos os profissionais da área jurídica) tenham uma postura pessoal e principalmente de linguagem menos rebuscada, menos formalista para que as partes (notadamente os mais carentes de recursos econômicos e culturais) possam deixar de temer a figura do juiz e os demais operadores da lei (notadamente advogados) e até mesmo melhor compreender as razões e o desenvolvimento do processo. Expressiva, neste aspecto, a contribuição de Mauro Capelletti e Bryant Garth que, ao indicar as questões que acabam por dificultar o acesso à jurisdição, fazem expressa menção ao fato de que “os procedimentos complicados, formalismo, ambientes que intimidam, como o dos tribunais, juizes e advogados, figuras tidas como opressoras, fazem com que o litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mundo estranho.” Tudo de forma a indicar que o excesso de formalismo na postura pessoal, além de um exagerado rebuscamento de linguagem, são fatores que impedem seja mais efetivo o canal de linguagem a ser estabelecido entre as partes e os juizes. Em suma, mesmo considerando que formalismo na postura e abuso no uso da linguagem afetada são também problemas que acometem os demais operadores do direito, é certo que se houvesse uma iniciativa dos juizes no abandono de tais características, haveria imediata resposta das outras categorias com ganhos sensíveis para o sistema de forma geral.²⁷

Por certo que o juiz imparcial, mas não neutro, é capaz de realizar o ideal de justiça e não apenas permanecer no esquema de mera reprodução das igualdades sócio-econômicas.

²⁷ PUOLI, José Carlos Baptista, *ob. cit.*, p.52.

3. AS NOVAS FUNÇÕES DO PODER JUDICIÁRIO

A doutrina clássica da separação de poderes, notória na lição de MONTESQUIEU, resumidamente, trazida por PUOLI afirmava que:

Ao legislativo cabia a criação da lei, enquanto ao judiciário cabia a aplicação desta, em seus termos estritos, aos casos que a regra legal não tivesse sido espontaneamente seguida. E, complementando a estrutura estatal clássica da “separação de poderes”, há ainda, o Poder Executivo, que também tem por função a aplicação da lei, mas que se diferencia do Poder Judiciário, na medida em que sua atuação é levada a cabo não como objetivo final da atuação da lei, mas como o direto escopo de realizar o bem comum (fim último do estado) em relação das quais o Estado faz parte de forma direta, da maneira a não haver o caráter de “substitutividade” que caracteriza a função judiciária. É dizer, o judiciário faz atuar a lei em relações nas quais o estado não é necessariamente parte e a palavra do órgão estatal substitui a vontade dos interessados na busca do resultado pretendido pelo direito material.²⁸

Como um dos poderes clássicos previstos pela doutrina e consagrado como poder autônomo e independente, a função do poder judiciário não consiste somente em administrar a Justiça, mas tem como inister ser o verdadeiro guardião da constituição, com a finalidade de preservar, basicamente, os princípios da legalidade e igualdade, sem os quais os demais conflitos tornar-se-iam vazios.

Não se consegue conceituar um verdadeiro Estado democrático de direito sem a existência de um Poder Judiciário autônomo e independente para que exerça sua função de guardião de leis, pois, como afirmou ZAFARONI, citado por MORAES “a chave do poder judiciário se acha no conceito de independência.”²⁹

Assim, o Judiciário deve ser considerado pelo constitucionalismo moderno que tem elevado o rol de direitos e garantias ao patamar das normas constitucionais.

²⁸ PUOLI, José Carlos Baptista, ob. cit., p.127.

²⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, p. 434.

É a lição de CAPELLETTI, citada por PUOLI:

Constitui um dado da realidade que a legislação social ou de *welfare* conduz inevitavelmente o estado a superar os limites das funções tradicionais de proteção e repressão. O papel do governo não pode mais se limitar a ser o de um *gerdame* ou *night watchman*; ao contrário o estado social deve fazer sua a técnica de controle social...que os cientistas políticos chamam de promocional. Tal técnica consiste em prescrever programas de desenvolvimento futuros, promovendo-lhes a execução gradual, ao invés de simplesmente escolher, como é típico da legislação clássica, entre certo e errado ...os direitos sociais ...não podem ser simplesmente atribuídos ao indivíduo. Exigem eles, ao contrário, permanente atuação do Estado...É evidente que, nessas novas áreas de desenvolvimento jurídico, importantíssimas implicações impõe-se aos juizes. Em face de legislação social que se limita, freqüentemente, a definir a finalidade e os princípios gerais, e diante de direitos sociais essencialmente dirigidos a gradual transformação do presente e formação do futuro, os juizes de determinado país bem poderiam assumir – e muitas vezes, de fato têm assumido – a posição de negar o caráter perceptivo, ou *self executing*, de tais leis e direitos pragmáticos...Mais cedo ou mais tarde, no entanto,...os juizes deverão aceitar a realidade da transformada concepção do direito e da nova função do estado, do qual constituem também, afinal de contas, um ramo. E então será difícil para eles não dar a própria contribuição à tentativa do estado de tornar efetivos tais programas, de não contribuir, assim, para fornecer concreto conteúdo `aquelas finalidade e princípios.³⁰

Portanto, o judiciário hoje é muito mais do que mero aplicador das leis, mas efetivamente participa da consecução e da busca pela efetivação de metas constitucionais e sociais não objetivas. O Judiciário é participante dos destinos da nação e responsável pelo bem comum. Trata-se de uma postura que as normas constitucionais como meros preceitos pragmáticos. São elas, neste passo, normas dotadas de eficácia quando tratam de temas como dignidade humana, redução das desigualdades sociais, erradicação da miséria e da marginalização e, portanto, de construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária.

Há necessidade que além da mera declaração de direitos e do reconhecimento das novas funções do poder judiciário, exista uma alteração da realidade fática da sociedade através da aplicação de instrumentos que viabilizem esta proteção.

³⁰ PUOLI, José Carlos Baptista, ob. cit., p.131.

Desta forma, na sociedade contemporânea, a função jurisdicional exercida pelo juiz com observância, em conjunto, de normas e princípios adotados pelo Estado, possui múltiplas facetas que podem ser identificadas com tríplice função: jurídica, política e social.

A função jurídica encontra-se disciplinada detalhadamente pelas leis. A política que se traduz na atuação do órgão estatal investido do poder de julgar e que decidindo coercitivamente as controvérsias que lhe são apresentadas evidencia a presença soberana do Estado. A social atende a necessidade básica de pacificação social por meio da solução justa de litígios, contribuindo para a educação da população e evitando a autotutela.

Ensina GOMES:

Por encontrar-se assim situado em um contexto que é simultaneamente jurídico, político e social a atuação do juiz ao mesmo tempo que é moldada por tais componentes da vida em sociedade exerce sobre eles o poder e influência para conservá-los intactos, estáticos ou então para transformá-los, modificá-los no sentido de uma evolução conforme as aspirações que pairam no centro da sociedade. A escolha a ser feita pelo juiz, conscientemente ou não, fica na dependência das opções ideológicas do magistrado, contribuindo para estas sua cosmovisão, isto é, sua postura diante do mundo, da vida, do ser humano, dos valores que compõem a escala axiológica segundo a qual pauta sua atividade jurisdicional.³¹

Assim tudo desemboca na questão do acesso à justiça com o alargamento das vias de postulação da tutela jurisdicional a fim de atender maior número de reclamos. Este movimento de acesso à justiça acentua o moderno papel dos juizes vinculados a efetivos programas de ação. Portanto, ao desempenhar sua função de interpretar as normas constitucionais e filtrar o válido conteúdo das normas infraconstitucionais deve solucionar o caso concreto com a atuação política acima mencionada, como dantes não se permitia, demonstrando a atuação e ampliação dos poderes do juiz.

31 GOMES, Sergio Alves. **Os Poderes do Juiz na Direção e Instrução do Processo Civil**, p.28-29.

Cumpra observar que o artigo 5º XXXV, da constituição federal prevê expressamente que “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito”. Embora o destinatário principal desta norma seja o legislador, o comando constitucional atinge a todos indistintamente, ou seja, ninguém mais pode impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir pretensão.

Afirma NERY JUNIOR:

Podemos verificar que o direito de ação é um direito cívico e abstrato, vale dizer é um direito subjetivo à sentença *tout court*, seja essa de acolhimento ou de rejeição da pretensão, desde que preenchidas as condições da ação. A realização de um direito subjetivo é alcançada quando se consegue o objeto desse mesmo direito. Com o objeto do direito subjetivo de ação é a obtenção da tutela jurisdicional do estado, deve entender-se por realizado o direito subjetivo de ação assim que pronunciada a sentença, favorável ou não ao autor.³²

Desta forma, em que pese breve o relato sobre o acesso a justiça, mas voltando ao que neste trabalho interessa, trouxe o ordenamento jurídico constitucional a clara ampliação objetiva quando demonstra a necessidade de manifestação do poder judiciário nos interesses metaindividuais, com a inclusão dos direitos difusos e coletivos no sistema processual ao judiciário que cumpre definir o interesse público em situações concretas, deixando de lhe dar apenas com disputas entre sujeitos autônomos em confronto com base em interesses particulares e disponíveis.

Ocorre, então, em que pese nosso país filie-se ao sistema da “civil law”, a verdade é que mais e mais a possibilidade de decisões de abrangência em grande escala têm sido proferidas em razão desses chamados novos direitos. Há grande grau de amplitude para atividade interpretativa do juiz em virtude de uma larga utilização de conceitos indeterminados nos diversos níveis de normas jurídicas, sendo que o juiz, a luz das circunstâncias dos casos concretos, desempenha função assemelhada à da legislador, no mínimo para regramento da conduta futura do jurisdicionado.

32 NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, p.96.

Esclarece PUOLI:

Com efeito, numa ação civil pública, que venha a ser proposta em face de um fornecedor com base na alegada abusividade que contaminaria cláusulas do modelo de contrato por este utilizado, enorme será o espectro de especulações pelas quais poderá transitar o juiz para, a luz de circunstâncias do caso concreto, definir quais expressões contratuais serão tidas como representativas de obrigações iníquas ou de desvantagem exagerada, ou, ainda excessivamente onerosa, entre diversos outros conceitos indeterminados que são utilizados nos diversos incisos do artigo 51 da lei 8.078/90, para (transcrever o inciso) determinar que o fornecedor se abstenha de utilizar tais e quais tipos de cláusulas, numa decisão de nítido caráter regulamentar da futura atividade econômica desenvolvida pelo fornecedor.³³

Portanto, a crescente constitucionalização de matérias tradicionalmente inseridas no ramo de direito privado, observando os princípios da plena autonomia da vontade ou que restringir a atuação dos juizes, leva a um contexto em que o juiz passa a deter maiores poderes interventivos seja para aplicar normas de direito cogente (como, por exemplo, são as que compõem o código de defesa do consumidor), seja para plasmar o concreto entendimento que se deve ter, a luz do caso concreto, a respeito de princípios constitucionais que tenham incidência sobre a hipótese. Passa a haver, para dizer o mínimo, a derrubada de alguns dos dogmas que sustentavam a dicotomia direito público/privado para efeito de ampliar, por mais esta ordem de considerações os poderes do juiz.

Também está dentre as novas funções do poder judiciário, o controle constitucional dos atos administrativos vez que é inegável o papel político (dele) na dinâmica imaginada pelo constituinte para o funcionamento do Estado. Os meios processuais estão presentes no instituto da ação popular e também da ação civil pública que já vinham dando margem a mitigação do controle jurisdicional do mérito administrativo. Assim, enquanto se utilizava dos conceitos da razoabilidade e da moralidade como exemplos de matérias a respeito das quais não poderia o julgador

³³ PUOLI, José Carlos Baptista, ob. cit., p.137.

tecer considerações hoje, pelo contrário, estão incluídas (essas matérias) na esfera de competência suscetível de exercício pelo poder judiciário

Neste sentido a lição de FERREIRA FILHO, citado por PUOLI:

...as decisões administrativas estão sujeitas ao crivo do juiz – e do juiz de primeira instância, sempre mais jovem e ousado. Nestas ocasiões, muito pequena é a orientação da lei. Quando existe, o mais das vezes o faz por meio de conceitos indeterminados: economicidade, moralidade, legitimidade etc. Decorre disto uma vasta margem de discricção para o juiz. Entre elas opta ele segundo sua cosmo visão... Essa margem de discricção inexistia, e inexistiu quando se trata de aplicar normas precisas nos seus conceitos e fatos subjetivamente demonstráveis. Inegavelmente ela ocorre em questões para as quais não existe resposta “certa” e sim de política.³⁴

Encerra o seu pensamento, neste ponto, dizendo que as matérias referidas e reapreciadas pelo poder por via judicial decidem por um mérito que seja adequado a uma meta e não apenas ao paradigma de uma lei.

A doutrina admite que diante deste vasto aumento de funções do judiciário, que muitas vezes ele acaba por administrar e resolver choques de interesses no país que na verdade muito mais facilmente seria resolvidos por grupos de regência social aparelhados e assessorados com mecanismos de investigação apropriados o que não se encontra no nosso poder judiciário e impossibilita garantir a meditação e rapidez necessárias para a solução destes novos desafios.

Desta forma, hoje o papel político do poder judiciário é certo, seja no que toca o controle da constitucionalidade das leis, seja na possibilidade de um mais amplo campo de interpretação das regras legais para garantir que os textos sejam aplicados em conformidade com o que deflui dos princípios constitucionais, seja em função das repercussões políticas decorrentes das decisões judiciais proferidas nos casos versando a respeito de interesses metaindividuais ou, seja ainda no que se refere ao aumento do campo de competência dos juizes para controle dos atos administrativos.

³⁴ PUOLI, José Carlos Baptista, ob. cit., p.141.

O fato é que estas possibilidades de atuação do poder judiciário demonstram a outorga de poderes aos juizes, que somente têm encontrado limitação no princípio da inércia e nos preceitos constitucionais e legais, os quais, no mais das vezes, por serem formatados por termos indeterminados, não têm permitido uma clara delimitação no campo de atuação jurisdicional.

E assim a doutrina alienígena, por HABSCHEID, admite:

Se bem compreendemos Luhman – cuja linguagem “sociológica” não é fácil de ser compreendida –, necessário é ter-se presente que ele considera a tarefa dos juizes como um “amontoado de fatos”, e os resultados como sendo indicações acumuladas em um ordenador imaginário, programado desde logo pela lei, o que torna a decisão – abstratamente já fixada – para cada concreto. Todavia, uma tal compreensão da tarefa dos juizes e da jurisprudência, em geral, não se traduz por certo, pela jurisprudência atual. Não é ela possível – em nosso sentir – senão por desconhecimento dos defensores da prática. Se, jamais, o juiz “autêntico”, o qual, não somente expressa as decisões da lei, mas coopera, também, ao respectivo desenvolvimento; este fato é sublinhado por diversos relatórios nacionais: a atividade judiciária não se resume na exclusiva aplicação do direito, vale dizer, a uma simples subsunção dos fatos constatados, tendo em vista uma dada regra jurídica, mas, na realidade, supõe, a descoberta prévia, antes de poder proceder à “subsunção”, a saber, à qualificação jurídica dos fatos, deve o juiz, em grande medida, “encontrar” e formar a norma jurídica indispensável para o seu silogismo.³⁵

Assim trabalhando com estes conceitos livre e vagos, o juiz, cumprindo com seu papel de agente comprometido com a realização da justiça, amplia seus conhecimentos, aprofundando o entendimento das relações sociais, para então proferir seu julgamento e entregar a prestação jurisdicional.

³⁵ HABSCHEID, Walther J. **As Bases do Direito Processual Civil**, p.11-12.

4. O PROCESSO COMO RAMO DO DIREITO PÚBLICO E A CONDUTA DAS PARTES NO PROCESSO CIVIL

Importante neste capítulo demonstrar, ante de mais, de qual forma deve prevalecer a divisão de trabalho entre o juiz e as partes no processo. É certo que esta distribuição de tarefas sofre variações de tempo e de espaço, consoante o pensamento predominante naquele momento. Afirmar BARBOSA MOREIRA que “com relação a cada um dos tópicos em que se desdobra a matéria, é concebível – e tem de fato acontecido – que ora se dê maior relevo ao papel do órgão judicial, ora aos litigantes. Admite a disciplina uma série de matizes e combinações, sendo raras – se alguma jamais existiu – as soluções “quimicamente puras”.³⁶

Os mais importantes pontos sensíveis da problemática são: a iniciativa da instauração do feito; a delimitação do objeto do litígio e do julgamento; o impulso processual; a formação do material de fato e de direito a ser utilizado na motivação da sentença; a extinção do processo por ato dispositivo.”

Em cada momento, conforme a opção política que se faça, é possível participação decisiva das partes ou do juiz, ou de ambos, naquele momento processual.

Assim, verifica-se que o tema em debate está diretamente ligado à consciência de que o processo tem objetivos e distinção mais largos do que a mera realização de interesses das partes diretamente envolvidas no litígio.

É de relembrar tudo quanto já foi dito a respeito das necessidades do processo ser instrumento para: I – a efetiva implementação do direito material (nas hipóteses em que os interessados não tenham espontaneamente se curvados aos seus desígnios) e II – a composição dos interesses conflitantes a fim de, por intermédio desta, ser alcançada a indispensável pacificação das situações conflituosas.

³⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Problema da “Divisão do Trabalho” entre o Juiz e as Partes**, p.7.

Portanto, em razão disto é que se insere o processo no ramo do direito público, de molde a permitir vislumbrar a existência de outras finalidades do processo em contraposição a uma visão privatística que pudesse examinar o fenômeno somente pelo prisma dos contendores, o que, num raciocínio extremo (para não dizer maquiavélico), poderia até mesmo legitimar a utilização de quaisquer meios (mesmo que não éticos) para o atingimento dos fins almejados.

Novamente é importante ressaltar que o direito processual civil não deve ser considerado de forma isolada, mas, antes disso, englobado nas idéias e concepções que se expressam na ordem constitucional.

Diz HABSCHEID:

Esta determinação do escopo do processo civil tem, desde logo, a vantagem de tomar em consideração equilibrada a correlação dúplice que subsiste entre o direito material e o direito processual civil. Com esta determinação do escopo do processo, uma ordem assim será restabelecida, na fixação dos escopos do processo civil, a qual virá confirmar a prioridade devida à proteção de um interesse individual e, assim, ao comando de justiça substancial e individual. A proteção de um interesse público e a realização do direito objetivo não serão, todavia, completamente eliminados das atribuições do processo civil, mas, simplesmente colocados num segundo plano. A proteção de um interesse público e a realização do direito objetivo privado são, por consequência, os escopos indiretos do processo civil, atingidos por uma ação reflexa do processo.³⁷

No entanto, independentemente da natureza disponível do direito debatido entre as partes, o uso do processo para solução do conflito de interesses não admite a utilização pelas partes de meios moralmente reprováveis, pois as partes submetem suas pretensões a exame e decisão por um órgão público de solução de controvérsias, passando a ser obrigatória a utilização de conduta em padrão ético mínimo, que não admite a mentira, a malícia exagerada e a falta de respeito para com o juiz e/ou para

³⁷ HABSCHEID, Walther J., ob. cit., p.11-12.

com a outra parte.

Nesta linha, predomina no processo civil moderno o princípio da probidade, que determina comportem-se as partes com lealdade e boa-fé, impondo-se limitações às atividades nocivas, a fim de que não extravasem da conduta ética que está contida na norma processual.

E esta é a nossa lição constitucional que elege como objetivo fundamental a construção de uma sociedade justa, livre e solidária. Ou seja, não se pode permitir que o próprio Estado, através do juiz, promova processos e decisórios que não busquem e não realizem estes mesmos valores, ou seja, a justiça e a solidariedade.

Os princípios constitucionais (devido processo legal, contraditório, ampla defesa, juiz natural etc.) somados e amplamente respeitados visam a, como afirma DINAMARCO “um único fim, que é a síntese de todas e dos propósitos integrados no direito processual constitucional: o acesso à justiça. Uma vez que o processo tem por escopo magno a pacificação com justiça, é indispensável que todo ele se estruture e seja praticado segundo essas regras voltadas a fazer dele um canal de condução à ordem jurídica justa”.³⁸

Assim, o Código de Processo Civil prevê, em seu artigo 14, que compete às partes expor os fatos em juízo conforme a verdade; proceder com lealdade e boa-fé; não formular pretensões nem alegar defesa, ciente de que são destituídas de fundamento; não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa de direito; cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, da natureza antecipatória ou final.

A opção do legislador, portanto, é clara no sentido da procura de um processo que produza resultados mais próximos à vontade do direito material e que não sejam, apenas, fruto da maior capacidade, malícia ou má-fé de uma das partes contendoras.

³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel, ob. cit., p.375.

Assim, genericamente observa-se aqui que o abuso do direito processual pode ocorrer tanto pelo autor, como pelo réu, ou seja, o abuso do direito de demandar e o abuso do direito de se defender.

O acesso irrestrito à apreciação do Poder Judiciário não representa um direito absoluto, pois não pode ser maculado por situações que demonstrem claramente a vontade da parte de se furtar a aplicação do direito e de se submeter a solução óbvia e pré-ajustada do conflito. E assim, no mesmo sentido, o raciocínio quanto ao exercício do direito de defesa.

No entanto, a inexistência de regras fixas dificulta a conclusão e o combate à temerária conduta das partes, dizendo-se que as regras na verdade são oportunidades a serem livremente exercidas pelas partes.

Afirma PUOLI:

Como deflui do que vem sendo exposto, o tema do controle da conduta das partes no processo está umbilicalmente atrelado a conceitos vagos que vão centralizados ora no dever de verdade, ora na exortação das partes para que elas se conduzam conforme regras de probidade, além de outras expressões relacionadas a valores éticos que, sem medo, podem ser sintetizados num dever de portar-se segundo a boa-fé. O elo comum de tais dispositivos está materializado na finalidade de manter incólume um grau mínimo de responsabilidade na utilização seja do direito de demandar, seja do contraposto direito à ampla defesa: entendeu o legislador que um grau mínimo de seriedade contribui decisivamente para uma melhor consecução dos resultados maiores preconizados pela função jurisdicional, notadamente no que toca à aplicação do direito material e respectiva pacificação social.³⁹

O nosso direito processual vigente não conta com tipos concretos e objetivos para combate à chicana e a atos processuais abusivos, exigindo um maior controle da autoridade jurisdicional sobre a atuação das partes no processo civil.

A utilização de termos vagos pelo legislador, sintetizados na expressão boa-fé, dificulta a aplicação e criação pelo juiz, de uma norma concreta reguladora da

hipótese, e sua conseqüente aplicação.

Desta forma, possível a busca da doutrina civilista no entendimento do conceito de boa-fé, vez que tal conceituação transcende as diversas ramificações do direito, pois se trata de uma busca genérica “por uma maior confiança que deve imperar entre os partícipes de qualquer relação jurídica, seja ela material ou processual, pública ou privada”.⁴⁰

No mesmo caminho PUOLI citando BARBOSA MOREIRA:

Relativamente às partes, não se afigura despropositado raciocínio semelhante àquele que permitiu aos civilistas identificar um dever geral de colaboração em matéria de contrato: dos contratantes, com efeito, reclama-se que, além de cumprir as obrigações expressamente pactuadas, cooperem tanto quanto possível para que o negócio atinja seus fins. Para seguir rota análoga, não precisamos ressuscitar velhas concepções contratuais do processo: basta considerar que nenhuma instituição jurídica, seja de natureza for, para projetar na realidade concreta a força integral de sua potencialidades, dispensa a boa vontade e o esforço sincero dos seres de carne e osso que a movimentam.”⁴¹

Por certo, mais uma vez aqui nos deparamos com ampliação dos poderes do juiz ao ditar o comportamento adequado ao caso concreto, em razão da fixação, por ele, da concreta definição das condutas abusivas.

³⁹ PUOLI, José Carlos Baptista, ob. cit., p.186.

⁴⁰ PUOLI, José Carlos Baptista, ob. cit., p.188.

⁴¹ PUOLI, José Carlos Baptista, ob. cit., p.189.

5. A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA E OS PODERES DO JUIZ

Cumpra mencionar, antes de mais, e sem pretender o aprofundamento em tema tão instigante, a noção de prova no nosso direito processual vigente. Observa-se que a prova sempre esteve intimamente ligada à idéia de reconstrução de um fato, que é demonstrado ao magistrado, capacitando-o a ter certeza sobre os eventos ocorridos e permitindo-lhe exercer a sua função.

Explicam MARINONI e ARENHART:

Desde logo, cabe lembrar, com PROTO PISANI, que a palavra prova, em processo (mas também em outros ramos da ciência) pode assumir diferentes conotações. Assim é que, tradicionalmente, pode significar, inicialmente, os instrumentos de que se serve o magistrado, para o conhecimento dos fatos submetidos à sua análise, sendo possível, aqui, falar-se em prova documental, prova pericial etc. Também pode esta palavra representar o procedimento através do qual aqueles instrumentos de cognição se formam e são preparados pelo juízo: este é o espaço em que se alude à produção da prova. De outra parte, prova também pode dar a idéia de atividade lógica, celebrada pelo juiz, para o conhecimento dos fatos (percepção e dedução, na mente de PROTO PISANI). E, finalmente, tem-se como prova ainda o resultado da atividade lógica do conhecimento...

Assim, por exemplo, manifesta-se LESSONA, dizendo que “provar, neste sentido, significa fazer conhecidos para o juiz os fatos controvertidos e duvidosos, e dar-lhe certeza de seu modo preciso de ser.” Nesta mesma linha, LIEBMAN define prova como sendo “os meios que servem para dar o conhecimento de um fato e por isso para fornecer a demonstração e para formar a convicção da verdade de um fato específico”.⁴²

No entanto, afirma a doutrina mais recente que a idéia de reconstrução da verdade fática pretérita está, em muitos ramos das ciências, superada, o que também na ciência jurídica deve acontecer.

Numa visão atual de prova a afirmação clara é a de MARINONI e

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**, p.70.

ARENHART, ou seja, a prova no direito processual civil “é todo meio retórico, regulado pela lei, e dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo.”⁴³

Em razão disso, o convencimento do órgão julgador em face dos sujeitos e do objeto do processo, já que toda a retórica do “diálogo judicial” se destina a ele. E o juiz é, como todos são, sujeito influenciado por critérios políticos, sociais, econômicos, históricos etc, o que torna o seu convencimento decorrente dessa relação que tem com o objeto do conhecimento e os demais sujeitos envolvidos.

Por certo, o destinatário final da prova é o estado-juiz porque é ele que ao final deve ser convencido da validade (ou não) das proposições formuladas.

Estabelece, então, o nosso Código de Processo Civil, em seu artigo 333, as regras objetivas concernentes ao ônus da prova: cabe ao autor demonstrar o fato constitutivo de seu direito e, ao réu, o fato impeditivo, modificativo ou extintivo desse direito:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I – recair sobre direito indisponível da parte;

II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Pela leitura do artigo, cumpre observar a lição de LOPES:

Entende-se por fato constitutivo o acontecimento da vida que serve de fundamento do

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, ob. cit., p.72-73.

pedido do autor (ex.: a locação e a mora do inquilino são fatos constitutivos na ação de despejo por falta de pagamento).

Fato impeditivo é o que obsta as consequências jurídicas objetivadas pelo autor (ex.: incapacidade civil).

Fato modificativo é o que opera alteração na relação jurídica (ex.: ocupação inicial do imóvel a título de comodato que, depois, se converte em locação).

Fato extintivo é o que acarreta o fim da relação jurídica (ex.: o pagamento da dívida).⁴⁴

Portanto, cabe às partes introduzirem no processo civil o fundamento do fato; entretanto, o juiz deve ajudá-las, quando por qualquer motivo não puderem fazê-lo, sendo isto um dever em relação às partes.

É verdade que as partes dispõem de um poder de lidar com fundamentos, enquanto materializados nos fatos, por meio da confissão e da não-contestação; mas o limite é representado pelo poder de verdade posto às partes. Os meios de prova são designados pelas partes, mas o juiz, por sua vez, pode introduzir outros meios de prova.

Portanto, o dispositivo processual estabelece regra precisa sobre a distribuição do ônus da prova.

E ensina DINAMARCO:

É de suma importância o ônus da prova, que também varia de intensidade conforme a natureza do litígio e conseqüente maior ou menor disponibilidade das faculdades e chances processuais. Onde mais se sente o princípio dispositivo, mais presente está o peso desse ônus e conseqüências praticamente “causativa” da omissão da prova, no sentido de que, para o juiz, “fato não provado é fato inexistente” (regra de julgamento) e, vez finda a instrução, as afirmações, omissões e negativas referentes aos fatos de relevância para o julgamento são interpretadas e confrontadas à luz do resultado da experiência probatória. O “direito a prova” é de primeira importância para a efetividade da garantia constitucional da ação e da defesa e, correlativamente, o seu não exercício, nos casos de maior disponibilidade e na medida da disponibilidade do direito substancial em cada caso, conduz a conseqüências mais graves quanto ao

44 LOPES, João Batista. **A Prova no Direito Processual Civil**, p.43.

resultado substancial do processo.⁴⁵

Nesse passo, a doutrina brasileira afirma a possibilidade de o juiz determinar, de ofício, a realização de provas, em conformidade com as regras do ônus da sua produção. Aparentemente, portanto, poder-se-ia afirmar que a omissão da parte quanto à apresentação da prova, ocasionaria julgamento desfavorável, em princípio, não devendo o juiz complementar a instrução. Estar-se-ia diante de um limite estabelecido pelo legislador aos poderes de iniciativa do juiz na produção da prova.

Ocorre, que numa análise mais atenta do processo civil, observa-se a regra do artigo 130 do Código de Processo Civil que prevê : “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.”

Assim, o entendimento tradicional é o de que a regra do artigo 130 do CPC somente seria aplicada quando, após a instrução processual, o juiz permanecesse em estado de dúvida.

E segue a doutrina tradicional afirmando que o juiz que produzisse a prova, de maneira ilimitada, estaria subsidiando uma das partes, ou seja, aquela que não praticou ato capaz de demonstrar o que alegou, o que acarretaria um desequilíbrio no contraditório e na igualdade de tratamento entre as partes (CPC, artigo 125, inciso I).

No entanto, parece incorreta tal construção de raciocínio, bem demonstrada esta incorreção por BEDAQUE:

As normas processuais devem ser interpretadas em conformidade com a finalidade do processo, qual seja, a efetivação do direito substancial e a pacificação social.

Não se pode ver na iniciativa instrutória do juiz uma atividade de qualquer das partes, em detrimento da outra. A doutrina moderna demonstra isto com clareza.

Quem considera a efetividade do processo um dos mais eficazes fatores de harmonia

45 DINAMARCO, Cândido Rangel, ob. cit., p.248.

social não pode concordar com tal orientação, de inspiração exageradamente privatista. O raciocínio deve ser feito de maneira oposta àquela desenvolvida pelos processualistas tradicionais.⁴⁶

Desta forma, a regra da distribuição do ônus da prova deve ser aplicada no momento de o juiz decidir a causa, pois é regra justamente para situações em que o juiz encontra-se diante da insuficiência do conjunto probatório.

Assim, quando o quadro probatório se mostrar insuficiente para o juiz, deverá ele julgar de acordo com a regra de distribuição do ônus da prova. Ocorre, porém, que antes disto, deverá se valer de regra processual (CPC, art. 130) para efetivamente evitar que ao final da instrução os fatos mantenham-se obscuros. Na verdade, porém, o deve fazer sem se furtar a garantir o contraditório entre as partes, para o fim de legitimar o processo e sua decisão final.

A sistemática do código de processo civil pátrio permite, assim, que o juiz aja como acima mencionado. Ao juiz, no entanto, continua vedado, como é da tradição, pôr em movimento, *ex officio*, a máquina judiciária; mas, uma vez instaurado, desenvolve-se o feito por impulso oficial (CPC, art. 262). Sem embargo de faculdades conferidas às partes, a direção formal do processo é, sem dúvida, função precípua do órgão judicial, a que a lei impõe, de modo significativo, o dever de “velar pela rápida solução do litígio” (CPC, art. 125, inc. II).

Nesse sentido DINAMARCO aponta que:

Na dinâmica dos processos já instaurados, contudo, convivem o princípio inquisitivo e seu oposto, o dispositivo, que se alternam e se equilibram no modo como ao juiz se atribuem mais deveres ou menos as partes, maior ou menor volume de ônus. A tendência é dar campo as soluções inquisitivas mediante reforço dos poderes-deveres do juiz e, na mesma proporção, reduzindo os ônus postos a cargo das partes ou ao menos minimizando as consequências do descumprimento; não se tem nem se deseja, contudo um processo que se pudesse dizer *puramente inquisitivo*, porque ainda preponderam muitos elementos da tradicional fórmula dispositiva do processo civil e

⁴⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, ob. cit., p.117.

há boas razões para isso. Com os deveres do juiz para a condução do processo segundo o *impulso oficial* convivem ainda – e sempre conviverão – os ônus de impulso impostos as partes, dos quais o sistema não pode prescindir.⁴⁷

Não há dúvida, portanto, que a atividade instrutória do juiz resume a pretensão de provimentos emanados com base em realidade e não em mera ficção.

E são muitos os poderes do juiz no que diz respeito à regra do artigo 130 do CPC, que tem alcance genérico. Pode o Juiz, portanto, sem necessidade de provocação, determinar a realização de perícia (art. 331, I); ordenar o comparecimento pessoal de qualquer das partes, “a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa” (art. 342); ordenar a exibição de documento ou coisa, em poder do litigante ou de terceiro (arts. 355 e 360); requisitar às repartições públicas “as certidões necessárias à prova das alegações das partes” e “os procedimentos administrativos nas causas em que forem interessados a União, ou Estado ou Município, ou as respectivas entidades da administração indireta” (art. 399); proceder à inspeção de pessoas ou coisas (art. 440); ouvir pessoas capazes de prestar informações valiosas ao processo e referidas em depoimentos de testemunhas indicadas pelas partes (art. 418, I); acariar duas ou mais testemunhas e partes sobre fato que possa influir na decisão da causa, quando divergirem as suas declarações.

Dessa forma, o papel mais ativo do juiz na direção e na instrução do feito não implica em instaurar no processo civil o “autoritarismo” e o “paternalismo”.

A ampliação dos poderes do órgão judicial não tem como significar o amesquinamento do papel das partes, nem a eliminação, ou sequer a redução, das garantias a que fazem jus, e tampouco da responsabilidade que sobre elas pese.

Ocorre que costuma a doutrina sustentar que os poderes do juiz na produção de provas são maiores ou menores, dependendo da natureza do direito em discussão no processo. Se indisponível, busca-se encontrar a verdade real, ou seja, determinar a produção de toda e qualquer prova que se entenda necessária; se disponível,

47 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v.2, p.624.

pouquíssimos os poderes instrutórios do juiz. Assim, comum afirmar a possibilidade de investigação oficial no processo penal, e, no processo civil, quando das relações discutidas prevalecer o interesse público sobre o privado (indisponíveis). Ocorre que a construção da verdade processual nos direitos disponíveis dependeria, preponderantemente, da parte. No entanto, a disponibilidade das provas e o problema da iniciativa da instrução não pode ser reduzido ao problema da natureza da relação de direito material. Há no direito processual e no seu exercício através do juiz um interesse comum de se reconhecerem os direitos subjetivos e de uma justa definição da controvérsia. Verifica-se, portanto, que respeitado o princípio da demanda, e iniciado o processo, os poderes do juiz para decidi-lo estão desvinculados da iniciativa das partes, pois há interesse público do Estado na solução da controvérsia de acordo com a lei.

Dessa forma, a relação processual não pode ser influenciada totalmente pelo direito substancial que a originou.

Assim afirma BEDAQUE:

Assim, em processos cujos interesses discutidos sejam privados, não haverá, necessariamente, o monopólio da instrução da causa pelas partes; o problema aqui não é de disponibilidade ou indisponibilidade do interesse, mas de um instrumento com que o estado aplica a norma ao caso concreto, atendendo, com isso, a um interesse seu.⁴⁸

Há, portanto, um entendimento publicista de que o processo visa a atingir o melhor resultado possível, ou seja, mais próximo do direito substancial, o que proporcionaria a verdadeira paz social. Dessa forma, com a pacificação através de uma solução justa, pode o juiz investigar o caso concreto e dele procurar extrair a verdade real, visto que a formal não mais satisfaz o aplicador do direito preocupado com os fins sociais de sua ciência. As partes podem manter seu pleno domínio sobre os interesses em litígio, mas não podem mais comandar o desenvolvimento técnico e

⁴⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, ob. cit., p.118.

formal do processo.

6. A NATUREZA E OS LIMITES DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Do que até agora analisado, observa-se que o sistema processual brasileiro confere ao juiz a iniciativa probatória, sem, contudo, deixar a ele poderes discricionários para a realização da prova, utilizando-os de maneira que vulnerem as regras processuais.

O juiz não age por conveniência e oportunidade, elementos da discricionariedade. Pelo contrário, ele age dentro dos limites das regras estabelecidas e da necessidade de se convencer disto ou daquilo, para prestar a decisão e submeter as partes a ela.

O que ocorre é que o nosso sistema jurídico contém diversas palavras e conceitos imprecisos, vagos e que permitem com maior liberdade que o intérprete opte por conclusões das mais diversas.

Diz BEDAQUE:

De qualquer modo, esse poder mais amplo do juiz, essa maior liberdade na determinação do sentido da norma, não significa maior discricionariedade. Por mais abertos e vagos que sejam os tipos legais, existem requisitos a serem atingidos cuja ocorrência no caso concreto deve ser aferida pelo julgador, que fundamentará a sua decisão. Tais circunstâncias são incompatíveis com a suposta discricionariedade judicial.⁴⁹

E assim observa DI PIETRO, citada por BEDAQUE:

“Não há dúvida de que, em determinadas situações, o juiz depara com certos ‘conceitos indeterminados’, como boa-fé, ordem pública, moralidade, premeditação e tantos outros comumente empregados pelo legislador. Mas a situação é diferente daquela em que se encontra o administrador, porque a tarefa do juiz é encontrar a

⁴⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, ob. cit., p.150.

única solução possível, enquanto na discricionariedade administrativa a lei deixa um leque de opções, todas válidas, razão pela qual o Judiciário não pode substituir uma solução por outra. No caso da função jurisdicional, não se pode conceber que o juiz tivesse várias opções, para escolher segundo critérios políticos; caso contrário, poder-se-ia admitir que, depois de decidir a lide, pela aplicação da lei segundo trabalho de exegese, restariam outras soluções igualmente válidas.⁵⁰

Desta forma, ao interpretar, o Poder Judiciário não age com discricionariedade, pois como já dito, escolhe a melhor e única decisão que pode ser aplicada, no seu entendimento, àquele caso concreto. Se houvesse discricionariedade, estaria ele optando por mais de uma solução, o que não se verifica.

E assim, com relação à produção de prova, da mesma forma. Não age o juiz com discricionariedade ao determinar eventual produção de prova. Pelo contrário, age ele esclarecendo e fundamentando os motivos que o levaram a decidir pelos esclarecimentos dos fatos, daquela determinada maneira.

A iniciativa probatória oficial, é, portanto, ato decisório, que deve ser fundamentado, até mesmo para que dele possam as partes recorrer, impugnando-o na medida do seus entendimentos.

Tem-se, então, a análise do que pode ser entendido como limitações dos poderes instrutórios do juiz.

Há limitação destes poderes nos elementos objetivos da demanda, ou seja, o pedido deve ater-se ao pedido e à causa de pedir.

Outrossim, quando determinar a realização de provas, o juiz deve fazê-lo com base nas informações que estão nos autos. Se dali, não estando esclarecidos os autos, perceber que há algo mais a ser provado, em razão dos outros elementos trazidos aos autos, poderá, então, determinar a realização de prova.

50 BEDAQUE, José Roberto dos Santos, ob. cit., p.151.

Também há, como limitação aos poderes instrutórios do juiz, a submissão do processo ao contraditório e a fundamentação do ato judicial que a determina.

Ensina GOMES:

Na utilização de tais poderes o juiz há de respeitar o princípio do contraditório e da igualdade, dando oportunidade de igual participação para ambas as partes na produção da prova por ele determinada. O respeito a tais princípios impedirá qualquer conotação arbitrária da iniciativa do magistrado quanto à prova.

Em síntese, a ampliação dos poderes do juiz na instrução, bem como no processo em geral, não visa a transformá-lo em uma figura ditatorial. Tais poderes decorrem do próprio sistema processual vigente, inserido no contexto do Estado que assumiu para si o dever de fazer do processo um instrumento ético, realizador da justiça, consoante concebida nos tempos atuais. O acesso a uma ordem jurídica justa depende de múltiplos fatores. Dentre eles está a efetividade do processo. Para que esta seja uma realidade mister se faz haja maior participação ativa do juiz tanto na direção do processo quanto na busca da verdade dos fatos.⁵¹

Dessa constatação, verifica-se que são limites que, por assim dizer, devem ser considerados como princípios norteadores da atividade jurisdicional, no que diz respeito à produção oficial da prova. São verdadeiros limites impostos pela melhor técnica processual, que são intransponíveis, quando se trata de prova ilícita ou ilegal, ausência de contraditório e ausência de motivação do ato judicial.

A tendência atual é no sentido, como já mencionado, de ampliar as iniciativas probatórias do juiz e, como diz GOMES:

A ampliação dos poderes instrutórios do juiz visa a aumentar as possibilidades de encontro da verdade real, de modo a não se ver o juiz obrigado a julgar com base apenas no que promovam as partes, podendo ele também, de ofício, ordenar a produção das que entender necessárias. Embora as vezes o juiz tenha que se contentar apenas com a verossimilhança, tal somente deve ocorrer após esgotar ele as possibilidades de fazer vir aos autos os elementos probatórios de que pode lançar mão, de ofício. Dentre os escopos do processo está o da solução justa do litígio e

51 GOMES, Sergio Alves, ob. cit., p.261.

para tanto a verdade se faz necessária.⁵²

Finalmente, portando-se como juiz atuante, realizando a busca da verdade real e utilizando-se sempre dos princípios constitucionais e princípios do processo, a probabilidade e a pacificação social acontecer efetivamente, sem que o judiciário deixe de ser eqüidistante das partes e sem ser parcial, é fato que fará parte de nossa próxima e futura realidade.

⁵² GOMES, Sergio Alves, ob. cit., p.256.

7. CONCLUSÃO

Como já observado no início deste trabalho, o mesmo foi concebido com o fim de fazer uma breve análise da postura do juiz, frente a doutrina tradicional, que o colocava como espectador das providências tomadas pelas partes no decorrer do processo, para ao final julgá-lo, independentemente da busca da verdade do conflito e da solução justa do caso concreto.

Demonstrou-se, aí, o anseio de toda a sociedade de buscar no judiciário uma decisão que demonstre a justiça do caso, e que sirva tanto para a manutenção da ordem jurídica, com a observância das leis e a manutenção do estado democrático de direito, com a pacificação das partes submetidas ao julgamento, pelo Estado, através do órgão jurisdicional competente, legitimado para coercitivamente impor sua solução.

Rapidamente pode-se analisar a grande mutação da sociedade contemporânea na busca de tutelar mais do que direito individuais, ou seja, de buscar a tutela de interesses metaindividuais, o que atinge com maior eficácia a coletividade, dando direção ao modo de proceder de todos.

Isto também se mostrou relevante no que diz respeito a possibilidade de o juiz analisar os atos administrativos, o que decorre da necessidade de que não só as leis sejam cumpridas, mas o Estado cumpra o seu fim que é o de promover uma sociedade justa e solidária. Atuando junto às decisões de ordem administrativa, o Estado-juiz age com forte função política, para o fim de interpretar com maior flexibilidade o desejo expresso na lei, e presente na sociedade. Viu-se, aqui, quão profunda é a análise do juiz nos casos em que tem que profundamente conhecer a vontade do legislador e, via de consequência, do povo, para dizer o direito, baseado nos fins do Estado.

Depois disto, foi determinada a posição atual de parte da doutrina pátria no sentido de entender o processo como ramo do direito público, ou seja, demonstrando que a ciência processual além de ser autônoma, como há muito já se reconheceu, é

ciência regida pelos princípios do direito público, ou seja, que se presta a atender principalmente o interesse do estado na solução do conflito, e não apenas servir de simples instrumento para as partes tentarem fazer valer seus alegados direitos materiais, dissociados do contexto social em que vivem.

A ciência processual, portanto, deixou de ser interpretada com princípios privatistas para então ser interpretada com princípios publicistas, que informam um processo que busca a pacificação social.

Desta forma, foi possível demonstrar que a função das partes no processo é muito mais extensa do que dizer o que é de interesse dela naquele momento processual, mas agir com lealdade e ética, trazendo os elementos suficientes para demonstrar ao juiz a sua posição no conflito e permitir que possa ele, ao final, ter o convencimento sobre a solução do conflito de interesse. É importante ressaltar que a postura das partes na participação do processo, lado a lado com o juiz, com o mesmo fim, justifica a maior amplitude de acesso de uma maior parte daqueles que estão em conflito, o que se reconhece como um verdadeiro acesso à ordem jurídica justa, com um provimento jurisdicional embasado numa decisão legitimada pela ampla participação das partes, através do devido processo legal, com disponibilidade de respeito às suas garantias constitucionais ao contraditório e ampla defesa.

Observamos, também, que neste passo, o processo tem que ser presidido de maneira firme e comprometida com a justiça, pelo juiz, que pode e deve reconhecer condutas abusivas das partes no exercício de seus direito de demandar e de se defender. Aliás, função esta primordial nos dias de hoje, pois o processo que tem início de maneira regular, correta e objetiva e que segue desta forma todo o seu curso, muito mais atinge seu fim, e de forma muito mais clara poderá o juiz decidir sobre ele ao final. Trata-se de verdadeiro comprometimento do juiz em dar celeridade ao processo e fazer dele meio capaz de promover a pacificação social.

Pode-se perceber, então, na breve análise do conceito moderno de prova que o juiz não mais tenta reconstruir fatos pretéritos, mas conduzir o desenvolvimento da

dialética entre as partes, para concluir, ao final, por uma única solução justa para o conflito, demonstrada pelas partes e promovida por ele mesmo.

Certo, como se estudou, que o juiz deve usar da regra de distribuição do ônus da prova no momento do julgamento, mas, no entanto, busca-se mais do que isto do juiz da atualidade. O que se pretende, na verdade, é que falhando as partes, por quaisquer motivos, o juiz busque a solução do conflito utilizando-se dos meios processuais que tem em mãos para sanar estas falhas e conseguir proferir um julgamento que dê fim ao conflito.

Esta postura diz respeito a possibilidade de o juiz promover a instrução do feito, determinando a produção de provas que eventualmente não tenham sido trazidas pelas partes. Trata-se muito mais do que uma postura subsidiária a qual já foi defendida pela doutrina, mas uma postura necessária a descoberta da verdade dos fatos. Claro que ao juiz é vedado agir com interesse próprio no processo. Deve ele buscar a verdade sem importar a que parte ela pertença, mas que a obtiver ao final, sua decisão irá valer não apenas por sua natureza coercitiva própria, mas muito mais, por uma conclusão das partes, e mesmo daquela que foi vencida, de que aquela decisão foi proferida com a mais ampla instrução do feito, com a obediência ao devido processo legal, com o diálogo efetivo das partes e com as provas que eram necessárias a uma conclusão final.

E é certo que a legislação processual não permite a tomada de decisão do juiz, na produção da prova, como ato de discricionariedade dele. Pelo contrário, o poder-dever de resolver o conflito de interesses é limitado nos elementos trazidos pelas partes, ou seja, o juiz age dentro dos limites trazidos pelo demandante, o que delimita o seu decisório, que deverá acontecer em razão da causa de pedir próxima e remota, trazida pelo demandante. Após, o juiz ouve o réu, que demonstrará suas razões de defesa e de resistência a pretensão do autor.

Assim, a partir daí, com a provocação do poder judiciário, exercida pelo demandante, começa o juiz a conduzir o processo de tal forma que as provas sejam

primeiramente indicadas pelas partes, que as produzirão, para demonstrar sua alegações. A partir daí, verificando o juiz a necessidade de diligência que não se realizou, mas que diante dos elementos trazidos, se mostrou necessária, poderá determinar a realização da prova, sempre justificando a sua decisão.

Fundado, assim, no legítimo interesse do Estado em resolver o conflito de interesse, deve o juiz utilizar-se dos amplos poderes que a lei lhe confere para determinar estas diligências necessárias ao seu convencimento sobre a verdade do fatos.

Assim, possível foi concluir neste trabalho que se desenvolveu através da análise acima relatada, que o juiz hoje tem uma importância fundamental na realização de uma sociedade justa e solidária.

O juiz não pode mais ficar a mercê das partes e de seus chamados direitos disponíveis, e de tantas formas como se busca justificar o seu afastamento da busca da verdade real. Ele é muito mais do que mero espectador das mazelas da sociedade, como se pode observar na lição de todos os doutrinadores pesquisados, é meio para a transformação destas mazelas, em solução para que novamente não aconteçam.

O que se intenta e como ficou demonstrado neste estudo é que fazendo esforço suficiente, e com uma mudança efetiva de pensamento, o juiz possa, com a ajuda das partes, promover a busca da verdade real, de forma célere, utilizando o processo como instrumento de todos no desenvolvimento de uma processo regular, calcado nas regras constitucionais e capaz de trazer paz às partes envolvidas naquele embate.

8. REFERÊNCIAS

BAUR, Fritz. **O papel ativo do juiz.** in Repro vol. 27, p. 186, 1982.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz.** 3. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001

CARNELUTTI, Francesco. **Poderes y Deberes del Juez em tema de Pericia,** v.2. Buenos Aires: EJEJA, 1952.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil.** 1. ed. Campinas: Bookseller, 2001. Tradução brasileira feita Lisa Pary Sacarpa.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Princípios de Derecho Procesal Civil,** v.2. Madrid: Reus, 1925.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. Tradução brasileira feita por J. Guimarães Menegale.

CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. **Magistratura democrática e direito alternativo,** in RT 691/53. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** v.1. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** v.2. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** v.3. São Paulo: Malheiros, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder judiciário na constituição de 1988**, in Revista da Procuradoria Geral do Município de São Paulo, vol. 1, p. 21.

GOMES, Sérgio Alves. **Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GREIF, Jaime. **El abuso del derecho y responsabilidad civil emergente en el derecho uruguayo**. In Abuso dos Direitos Processuais, coordenada por José Carlos Barbosa Moreira, 1. ed. São Paulo: Forense, 2000.

HABSCHEID, Walther J. **As bases do direito processual civil**, in Repro vol. 11/12. P. 117-145. Tradução feita por Arruda Alvim.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Fondamento del Principio Dispositivo**. Napoles: Morano, 1962.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo; Saraiva, 1985. Tradução feita por Cândido R. Dinamarco.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo conhecimento**. 1. ed. Brasília-DF: UnB, 1996. Tradução brasileira feita por Maria da Conceição Côrte Real.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao código de processo civil**. 1. ed. São Paulo: RT, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 9. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2001

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O problema da “divisão de trabalho” entre o juiz e as partes: aspectos terminológicos**. In Revista de processo, vol. 41, p. 8-14, 1988.

NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: RT, 1994.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**, 5. ed. São Paulo: RT, 1999.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Livre Apreciação da Prova: perspectivas atuais.** Disponível em:

<http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=528> acesso em 23 out. 2005.

PUOLI, José Carlos Baptista, **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil.** 1.ed. São Paulo: Editora Juarez Oliveira, 2002.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. **A Inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal.** São Paulo: RT, 2002.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueredo. **Atualidades Jurídicas. O aprimoramento do processo civil como pressuposto de uma justiça melhor.** Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário.** São Paulo: RT, 1995.